

Arrest

nr. 156 629 van 25 november 2015
in de zaak RvV X

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat A. DE POURCQ
Nachtegaalstraat 47
2060 ANTWERPEN

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de staatssecretaris voor Asiel en Migratie
en Administratieve Vereenvoudiging.

DE WND. VOORZITTER VAN DE VIIIste KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Nigeriaanse nationaliteit te zijn, op 5 augustus 2015 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 25 juni 2015 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten van 25 juni 2015.

Gezien titel I bis, hoofdstuk 2, afdeling IV, onderafdeling 2, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 14 oktober 2015, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 4 november 2015.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken C. VERHAERT.

Gehoord de opmerkingen van advocaat F. JACOBS, die loco advocaat A. DE POURCQ verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat S. MATROYE, die loco advocaat C. DECORDIER verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

1.1. Op 15 januari 2015 diende verzoekster een aanvraag in van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie.

1.2. Op 25 juni 2015 werd een beslissing genomen tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten (bijlage 20). Dit is de bestreden beslissing, die als volgt gemotiveerd is:

**“BESLISSING TOT WEIGERING VAN VERBLIJF VAN MEER DAN DRIE MAANDEN
MET BEVEL OM HET GRONDGEBIED TE VERLATEN**

In uitvoering van artikel 52, §4, 5de lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, wordt de aanvraag van een verblijfs- kaart van een familielid van een burger van de Unie, die op 15.01.2015 werd ingediend door:

[...]

om de volgende reden geweigerd:³

Betrokkene voldoet niet aan de vereiste voorwaarden om te genieten van het recht op verblijf van meer dan drie maanden in de hoedanigheid van familielid van een burger van de Unie of van een ander familielid van een burger van de Unie.

Artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet van 15.12.1980 stelt dat 'als familie van de burger van de Unie worden beschouwd: (...) de vader of de moeder van een minderjarige burger van de Europese Unie, bedoeld in artikel 40, §4, eerste lid, 2°, voor zover de laatstgenoemde te zijnen laste is en hij daadwerkelijk over het hoederecht beschikt'.

Betrokkene heeft echter niet aangetoond daadwerkelijk over het hoederecht over de referentiepersoon te beschikken.

Ze legt een ongedateerde verklaring (met legalisatie dd. 07.04.2015) vanwege de vader van de referentiepersoon voor waarin deze laatste stelt alle gezagsrecht over de referentiepersoon aan betrokkene over te dragen zodat zij een volledige beslissingsbevoegdheid betreffende het welzijn en de opvoeding van de referentiepersoon.

Deze verklaring is echter geen officieel bewijs (rechterlijke beslissing, overige, ...) dat betrokkene effectief over het hoederecht over de referentiepersoon beschikt. Een loutere toestemming van de vader van de referentiepersoon is onvoldoende in het kader van de lopende aanvraag gezinshereniging volgens artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet van 15.12.1980.

Tevens toont betrokkene niet afdoende aan dat de referentiepersoon te hare laste is. Immers, ze toont niet aan over voldoende bestaansmiddelen te beschikken om effectief financieel in te staan voor de referentiepersoon.

Volgende documenten werden voorgelegd:

- arbeidsovereenkomst dienstencheques bepaalde duur dd. 31.03.2015 deeltijdse tewerkstelling (Net Diensten cvoa); arbeidsovereenkomst dienstencheques onbepaalde duur dd. 12.06.2015 voor deeltijdse tewerkstelling (Net Diensten cvoa); bijbehorende loonfiches voor de maanden maart-mei 2015 waaruit blijkt dat ze in deze periode een gemiddeld maandelijks inkomen had van € 607,09. Uit deze stukken blijkt niet afdoende dat het inkomen van betrokkene voldoende is om een effectieve tenlasteneming van de referentiepersoon in België, rekening houdend met het geldend Belgisch integratieinkomen, te verzekeren. Bijgevolg lopen zowel betrokkene als de referentiepersoon het risico ten laste te vallen van het sociale bijstandstelsel van het Rijk.*
- loonfiches op naam van een derde, zijnde dhr. Tutu, vader van de referentiepersoon; bijbehorende verklaring dd. 04.04.2015 vanwege de vader van de referentiepersoon waarin deze stelt in te staan voor het levensonderhoud van de referentiepersoon; verklaring dd. 15.11.2014 vanwege een derde: er werden geen bijkomende documenten voorgelegd waaruit blijkt dat er effectief regelmatige en afdoende stortingen ten gunste van de referentiepersoon gebeuren. Tevens, gezien het in het kader van een aanvraag gezinshereniging volgens artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de wet van 15.12.1980, de aanvragende ouder is die dient aan te tonen de referentiepersoon ten laste te hebben (en dus zelf over afdoende persoonlijke bestaansmiddelen te beschikken om dit te doen), kunnen deze stukken niet mee in overweging genomen worden bij de beoordeling van de bestaansmiddelen van betrokkene.*

Betrokkene voldoet dan ook niet aan de vereiste voorwaarden van artikel 40bis van de wet van 15.12.1980 om het verblijfsrecht in België te verkrijgen op basis van gezinshereniging.

Het recht op verblijf wordt geweigerd aan betrokkene. Het AI van betrokkene dient te worden ingetrokken.

Aan betrokkene wordt het bevel gegeven het grondgebied van het Rijk te verlaten binnen 30 dagen. Wettelijke basis: artikel 7, §1, 2° van de wet van 15.12.1980: legaal verblijf in België is verstreken.”

2. Onderzoek van het beroep

2.1. In een enig middel voert verzoekster de schending aan artikel 40bis, §2 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: de vreemdelingenwet), van de zorgvuldigheidsplicht, de materiële motiveringsplicht en artikel 8 van het EVRM. Zij licht het middel toe als volgt:

“1) Beslissing tot weigering van verblijf van meer dan 3 maanden:

De gezinshereniging wordt door verweerder geweigerd omwille van 2 motieven:

1. Verzoekster toont niet aan daadwerkelijk het hoederecht over het kind Tutu Chukwusom Mbanefo te hebben, want een ongedateerde verklaring – weliswaar met legalisatie – opgesteld door de vader van dat kind, is wel enkel een loutere toestemming doch geen “officieel bewijs (rechterlijke beslissing, overige...)”

2. Verzoekster heeft onvoldoende bestaansmiddelen om effectief de referentiepersoon ten laste te kunnen nemen en verwijst hiervoor naar de voorgelegde documenten

Argumentatie:

1. Daadwerkelijk beschikken over het hoederecht:

De Vreemdelingenwet hanteert hier een burgerrechtelijk begrip, waarvoor gekeken moet worden naar de artikelen in het B.W. onder de titel IX. Ouderlijk gezag:

“Art. 373: Wanneer de ouders samenleven, oefenen zij het gezag over de persoon van het kind gezamenlijk uit.

Art. 374: Wanneer de ouders niet samenleven, blijven zij het ouderlijk gezag gezamenlijk uitoefenen en geldt het in artikel 373, tweede lid, bepaalde vermoeden.”

Dit vermoeden betreft wat volgt:

“Art. 373, lid 2: Ten opzichte van derden die te goeder trouw zijn, wordt elke ouder geacht te handelen met instemming van de andere ouder wanneer hij, alleen, een handeling stelt die met gezag verband houdt behouden de bij de wet bepaalde uitzonderingen.”

Conform art. 376 B.W. geldt die gezamenlijke uitoefening ook t.a.v. de goederen van de minderjarige.

Het is duidelijk: de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag is de norm en de regel en dit blijft in principe ook zo wanneer de beide ouders, ingevolge bv. relationele of echtelijke moeilijkheden, niet meer op hetzelfde adres verblijven.

Hiertoe is geen gerechtelijke tussenkomst vereist.

Volgens Steven Brouwers, Problematiek van het Ouderlijk Gezag, Het Verblijf en de Financiële regeling (OVb, Bijzondere opleiding Jeugdrecht, 2009-2010) geldt:

“Een van de belangrijkste rechten in het kader van de uitoefening van het ouderlijk gezag is het recht van bewaring van het kind dat onderdeel is van het gezag over de persoon. [...] De tegenhanger ervan is de plicht tot huisvesting.”

Volgens hem staat hoederecht gelijk met recht van bewaring. (materiële) Bewaring – een term die door de wet niet wordt gebruikt – duidt slechts een onderdeel aan van het gezag over de persoon van het kind.

Er zijn dus 2 componenten:

1. De materiële bewaring van het kind, dat dan ook in principe ingeschreven is op hetzelfde adres waar het verblijf houdt, samen met de ouder die de bewaring effectief heeft.

2. Toestemming van de andere ouder, minstens voor het geval het kind naar het buitenland afreist met de andere ouder of er reeds verblijft

In casu zijn beide componenten aanwezig: er is de niet - betwiste materiële bewaring van het kind in hoofde van verzoekster en er is de toestemming gegeven en gelegaliseerd op 07/04/2015, waarvan verweerder ook spreekt.

Op deze ‘akte’ staat vooraan weliswaar geen datum, doch deze akte werd gelegaliseerd door de Burgemeester van Amsterdam, zodat minstens op 07/04/2015 het bestaan van deze akte vaststaat.

De legalisatie van de handtekening van dhr. Tutu Kwasi Asamoah betekent dat deze persoon de bovenvermelde akte of verklaring heeft ondertekend en niet iemand anders.

Verweerder lijkt te veronderstellen dat deze akte of deze toestemming moet gehomologeerd worden via een 'rechterlijke beslissing' en spreekt ook nog over andere mogelijkheden: 'overige...' om een verklaring officieel te maken.

Verweerder moet echter consequent zijn: verweerder neemt altijd genoegen met een toestemmende verklaring van de partner/ouder – mits gelegaliseerd en vertaald naar het Nederlands – als deze partner of ouder zelf in het buitenland verblijft en het kind met de andere ouder laat vertrekken naar België.

In zo'n geval wordt nooit geëist dat deze verklaring ook nog eens door een Rechter zou bekrachtigd worden.

Door aldus te beslissen miskent verweerder de bewijswaarde van dit geschrift.

2. Voldoende bestaansmiddelen:

Volgens verweerder realiseert verzoekster slechts een gemiddeld inkomen van 607,09 € voor de maanden maart, april en mei 2015, doch het is niet duidelijk af te leiden uit de beslissing hoe dit gemiddelde werd berekend.

a. Meer, ondanks de voorlegging ervan werd geen rekening gehouden met de graduele stijging van het aantal werkuren/week in het kader van het werk met dienstencheques noch met het karakter van de arbeidsovereenkomst (voor bepaalde tijd of voor onbepaalde tijd): zie de stukken

- Contract bepaalde tijd: 23/03/2015: 9 uur/week
- Contract bepaalde tijd: 17/04/2015: 13 uur/week
- Contract bepaalde tijd: 14/05/2015: 13 uur/week
- Contract onbepaalde tijd: 12/06/2015: 17 uur/week

Nog meer recent werd trouwens aan dit laatste contract een Bijlage gevoegd waarbij de wekelijkse arbeidsduur vermeerderd werd met 21 uur/week en aldus 38 uur bedraagt (stuk 3).

Zodoende realiseerde verzoekster reeds in juni 2015 een netto inkomen van 786 € en uiteraard ontvangt zij nu een loon als voltijds tewerkgestelde vanaf juli 2015.

b. Evenmin werd op een correcte manier rekening gehouden met de inkomsten van dhr. Tutu, onderhoudsplichtige vader in Nederland wonend en werkend, die een gemiddeld nettoloon realiseert van 1.430 €/maand.

Dit loon komt natuurlijk toe aan een derde persoon en dus niet aan verzoekster, ouder van de referentiepersoon, doch het bewijst wel dat dhr. Tutu financieel in staat is om een bijdrage in het onderhoud van het kind te leveren.

Dat hij dit doet, wordt trouwens in een afzonderlijke verklaring aangegeven door dhr. Tutu en ook daarvan had verweerder kennis (het gaat om de verklaring dd. 04/04/2015 waarbij dhr. Tutu, in niet al te correct Nederlands stelt: "Ik kwijting mijn plicht als een vader aan mijn bovenstaande benoemde zoon, nemen financiële zorg voor zijn welzijn van dag tot dag, voeding, medische en andere levensonderhoud.")

c. Volgens de Mededeling van de Commissie dd. 02/07/2009 moet het begrip toereikende bestaansmiddelen worden uitgelegd:

"... met inachtneming van het doel van de Richtlijn, namelijk het vrij verkeer vergemakkelijken, zonder dat de begunstigden een onredelijke belasting vormen voor het sociale bijstandstelsel van het gastland."

"EU-burgers beschikken over toereikende bestaansmiddelen wanneer hun middelen het grensbedrag overschrijden dat in het gastland geldt voor toekenning van het bestaansminimum."

In casu heeft verzoekster nog geen beroep gedaan of moeten doen op een leefloon of maatschappelijke dienstverlening vanwege het OCMW zodat hic et nunc zeker niet kan gesteld worden dat zij een onredelijke belasting vormt voor het sociale bijstandstelsel in België. En zelfs in dat geval zou nog een evenredigheidstoets moeten uitgevoerd worden, conform de voormelde Mededeling.

De Richtlijn 2004/38/EG dd. 29/04/2004 voorziet in art. 8.4 dat de lidstaat niet het bedrag van de bestaansmiddelen op voorhand mag vaststellen dat zij als toereikend beschouwt, maar er moet worden rekening gehouden met de 'persoonlijke omstandigheden van de betrokkene'.

In casu heeft verweerder geen rekening gehouden met het gradueel oplopend aantal werkuren per week en dus met een stijgend loon noch met het karakter van onbepaalde tijd en bovendien werd ten onrechte geen rekening gehouden met het feit dat de vader van het kind, dhr. Tutu, een normaal inkomen heeft als fulltime tewerkgestelde en dat hij ook effectief bijdraagt in het onderhoud van het kind.

Door aldus bij te dragen, wordt namelijk het kostenplaatje – voor wat betreft het onderhoud van het kind – verlaagd voor verzoekster zelf.

2) Bevel om het Grondgebied te verlaten:

De weigering van het verblijf en het Bevel vormen 2 afzonderlijke beslissingen: volgens de rechtspraak van de RvS (Arrest nr. 226183 dd. 23/01/2014) tast een gebrek in het Bevel niet noodzakelijk de beslissing tot weigering van verblijf aan.

Omgekeerd is het wel zo – zoals in casu – dat een Bevel dat onlosmakelijk verbonden is met een beslissing tot weigering van verblijf, die door een gebrek is aangetast, ook niet meer rechtsgeldig is.

Derhalve vraagt verzoekster ook de nietigverklaring van dit Bevel.”

2.2. De bestreden beslissing steunt op twee motieven, enerzijds de vaststelling dat verzoekster niet aannemelijk maakt dat zij daadwerkelijk over het hoederecht van de referentiepersoon beschikt, en anderzijds, dat zij niet aantoot over voldoende bestaansmiddelen te beschikken om effectief financieel in te staan voor de referentiepersoon.

2.2.1. Verzoekster diende op 15 januari 2015 een aanvraag tot gezinshereniging in in toepassing van artikel 40bis van de vreemdelingenwet, als moeder van een Unieburger.

Artikel 40bis, §2, 5° van de vreemdelingenwet luidt dienaangaande als volgt:

“§ 2. Als familielid van de burger van de Unie worden beschouwd :

(...)

5° de vader of de moeder van een minderjarige burger van de Europese Unie, bedoeld in artikel 40, § 4, eerste lid, 2°, voor zover de laatstgenoemde te zijnen laste is en hij daadwerkelijk over het hoederecht beschikt.”

Uit voormelde bepaling blijkt duidelijk dat de vader of moeder van een minderjarige Unieburger slechts tot een verblijf van meer dan drie maanden kan toegelaten worden, indien de minderjarige Unieburger ten laste is van de gezinshereniger én indien de verzoekende vreemdeling daadwerkelijk over het hoederecht van de minderjarige Unieburger beschikt.

Verzoekster beroept zich op de bepalingen van het burgerlijk wetboek om aan te tonen dat zij gezamenlijk met de vader van de referentiepersoon het gezag over het kind uitoefent.

De Raad merkt vooreerst op dat artikel 373 van het burgerlijk wetboek bepaalt dat de ouders diende samen te leven om beiden het gezag over het kind te kunnen uitoefenen. Artikel 374 van het burgerlijk wetboek bepaalt vervolgens dat wanneer zij niet langer samenleven, de gezamenlijke uitoefening behouden blijft. Nergens uit de door verzoekster voorgelegde stukken kan worden afgeleid dat verzoekster samenwoonde met de vader van het kind en dat zij aldus gezamenlijk het gezag over het kind zouden hebben uitgeoefend. Verzoekster kan zich aldus niet nuttig beroepen op de bepalingen van artikel 374 en 375 van het burgerlijk wetboek.

Verzoekster legde enkel een schriftelijke verklaring van de vader van de referentiepersoon voor waarin deze laatste het gezag overdroeg op verzoekster. Deze verklaring werd niet aanvaard door de Dienst Vreemdelingenzaken als bewijs van het hoederecht over het kind. Het feit dat de vader een schriftelijke verklaring opstelde waarbij hij dit hoederecht "overdraagt" is niet van die aard dat het door de verzoekende partij zonder meer als onontkoombaar bewijs van het hoederecht dient te gelden. Gelet op het feit dat verzoekster geen andere elementen voorlegde die wijzen op een gezamenlijke uitoefening van het gezag op het kind, is het niet kennelijk onredelijk te oordelen dat deze verklaring niet aantoot dat verzoekster daadwerkelijk het hoederecht heeft over het kind.

Verzoeksters verwijzing naar de praktijk van ouders die toelaten hun kind mee te nemen mits een schriftelijke toelating van de andere ouder is niet relevant, aangezien het een gans andere situatie viseert en een dergelijke verklaring er niet toe strekt te bepalen wie het hoederecht over het kind uitoefent.

De theoretische beschouwingen van verzoekende partij nopens de artikelen in het burgerlijk wetboek en de componenten van bewaring kunnen geen afbreuk doen aan de terechte vaststelling van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging dat er niet werd aangetoond dat verzoekende partij daadwerkelijk over het hoederecht beschikt.

2.2.2. Waar verzoekster aanvoert dat uit de beslissing niet af te leiden is hoe dit gemiddelde werd berekend, dient te worden opgemerkt dat het inkomen van verzoekster werd vastgesteld aan de hand van de loonfiches (maart-mei 2015) die zij zelf ter ondersteuning van haar aanvraag indiende.

Uit de gegevens van het administratief dossier blijkt dat verzoekster de volgende inkomsten attesteerde:
Loonbrief 23.03.2015 – 31.03.2015: 181,03 EUR
Loonbrief 01.04.2015 – 30.04.2015: 390,01 EUR
Loonbrief 01.04.2015 – 30.04.2015: 652,82 EUR
Loonbrief 01.05.2015 – 31.05.2015: 597,42 EUR

Het feit dat in de bestreden beslissing niet op uitdrukkelijke wijze wordt opgenomen hoe het gemiddelde van deze loonfiches werd berekend, houdt geen schending in van de formele motiveringsplicht. Vooreerst kan verzoekster geacht worden te weten welke bedragen zij zelf voorlegde, daarnaast betwist zij geenszins de berekening van het gemiddelde loon aan de hand van deze loonbrieven.

Waar verzoekster aanvoert dat zij sinds juni 2015 een hoger netto inkomen van € 786 had en dat zij sedert juli 2015 voltijds werd tewerkgesteld, dient te worden opgemerkt dat deze elementen niet werden voorgelegd aan het bestuur, dat er aldus geen rekening mee kon houden.

De regelmatigheid van een bestuursbeslissing dient te worden beoordeeld in functie van de gegevens waarover het bestuur ten tijde van het nemen van zijn beslissing kon beschikken om deze beslissing te nemen.

Verzoekende partij toont verder ook niet aan dat de gemachtigde onterecht geen rekening heeft gehouden met de inkomsten van de vader van het kind. In het kader van een aanvraag gezinshereniging volgens artikel 40bis, §2, eerste lid, 5° van de vreemdelingenwet dient de aanvragende ouder aan te tonen de referentiepersoon ten laste te hebben en dus zelf over afdoende persoonlijke bestaansmiddelen te beschikken om dit te doen. Het gegeven dat T., de vader, financieel in staat zou zijn om een bijdrage in het onderhoud van het kind te leveren, betekent niet dat hij dit daadwerkelijk doet en de gemachtigde kon terecht opmerken dat er geen bijkomende documenten werden voorgelegd waaruit blijkt dat er effectief regelmatige en afdoende stortingen ten gunste van de referentiepersoon gebeuren.

Ook het gegeven dat verzoekende partij thans nog geen beroep heeft gedaan op een leefloon of maatschappelijke dienstverlening niet betekent dat dit een bewijs inhoudt dat zij dit nooit zou moeten doen.

In de mate verzoekster zich beroept op de directe werking van de Richtlijn 2004/83/EG, merkt de Raad op dat deze richtlijn immers reeds werd omgezet met de wet van 15 september 2006 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

Artikel 2 van de wet van 15 september 2006 bepaalt:

“Deze wet zet onder meer de richtlijn 2003/86/EG van de Raad van de Europese Unie van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging, de richtlijn 2004/83/EG van de Raad van de Europese Unie van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale erkenning behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming, en de richtlijn 2004/81/EG van de Raad van de Europese Unie van 29 april 2004 betreffende de verblijfstitel die in ruil voor samenwerking met de bevoegde autoriteiten wordt afgegeven aan onderdanen van derde landen die het slachtoffer zijn van mensenhandel of hulp hebben gekregen bij illegale immigratie, om in de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.”

Verzoekster toont niet aan welk artikel van de Richtlijn niet of foutief zou zijn omgezet in het nationaal recht, zodat zij zich niet meer op de directe werking van de bepalingen van deze richtlijn kan beroepen. De gemachtigde heeft overigens wel degelijk rekening gehouden met de persoonlijke omstandigheden van betrokkene. Er werd geen enkel bewijs bijgebracht dat de vader van het kind zich financieel zou verbinden tot het onderhoud.

Het middel is ongegrond.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Enig artikel

Het beroep tot nietigverklaring wordt verworpen.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op vijftwintig november tweeduizend vijftien door:

dhr. C. VERHAERT,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

mevr. K. VERHEYDEN,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

K. VERHEYDEN

C. VERHAERT